

EL CONCURSO SIN MASA EN DERECHO ESPAÑOL

INSOLVENCY PROCEEDINGS WITHOUT MASS UNDER SPANISH LAW

*Leopoldo-E. López Máñez**

RESUMEN: Una de las novedades importantes que ha introducido la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, consiste en la inclusión de una nueva sección 4ª, en el capítulo v, del título i del libro i, que regula de forma novedosa el tratamiento del concurso sin masa en derecho español

En el presente trabajo abordaremos la regulación del concurso sin masa en el derecho español. Examinaremos cuáles son los supuestos que prevé la norma para que un concurso tenga la consideración de sin masa, así como sus especialidades. Los supuestos en los que es necesario el nombramiento de un administrador concursal y otras cuestiones de interés, tales como: la retribución del administrador, las distintas fases procesales y las posibilidades de recurso.

PALABRAS CLAVE: concurso sin masa; concurso trifásico; nombramiento de administrador concursal; retribución del administrador concursal.

ABSTRACT: One of the important novelties introduced by Law 16/2022, of September 5, is the inclusion of a new section 4, in Chapter v, of Title i of Book i, which regulates in a novel way the treatment of insolvency without mass in Spanish law.

This paper deals with the regulation of insolvency without estate in Spanish law. It will examine which are the cases provided for by the law for an insolvency proceeding to be considered as without mass, as well as its specialties. The cases in which the appointment of an insolvency administrator is necessary

* Doctor en Derecho por las universidades españolas de Deusto, Pontificia de Comillas y Ramon Llull. Abogado, administrador concursal y profesor de Derecho Concursal de la Universidad de Deusto (España). Correo electrónico: lelopez@a-e-b.es

and other issues of interest, such as the administrator's remuneration, the different procedural phases and the possibilities of appeal.

KEYWORDS: Insolvency without assets; three-phase insolvency; appointment of the administrator; administrator's remuneration.

INTRODUCCIÓN

La Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, no establecía ningún procedimiento especial para la conclusión de los concursos de acreedores con inexistencia de la masa activa, pero sí regulaba que la inexistencia de bienes constituía causa de conclusión del concurso. Ante la falta de regulación, tanto la doctrina como la jurisprudencia de las audiencias provinciales se encontraban divididas sobre la posibilidad de que se pueda declarar un concurso que no tiene masa activa.

Con la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el legislador español intentó solventar este vacío legal con la introducción de los artículos 176.3 y 176 bis de la Ley Concursal (LC), que permitían la conclusión del concurso cuando se compruebe la insuficiencia de masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, pero para ello era necesario que previamente se hubiese declarado el concurso, ya que no se puede concluir sin haberse iniciado.

El artículo 176 bis de la LC acabó con la polémica doctrinal y jurisprudencial existente, toda vez que en su apartado 4 disponía que el juez podrá acordar la conclusión del concurso en el mismo auto de declaración, cuando aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa.

Pero como la historia de la LC española es la historia de sus reformas, el legislador español se vio constreñido a intervenir aprobando un texto refundido que aclaraba y armonizaba las normas existentes en la materia, publicando el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR). Con su entrada en vigor los concursos en los que el activo del mismo resultaba insuficiente para satisfacer los créditos contra la masa, se distinguía entre supuestos de conclusión simultánea del concurso (artículos 470 a 472 del TRLR) donde el juez debía efectuar una estimación de la masa activa para asumir los gastos del procedimiento, ponderando el posible éxito de acciones de responsabilidad frente a terceros y una calificación del concurso como culpable, pudiendo, en caso de insuficiencia, declarar la simultánea declaración y conclusión del concurso.

Además, esta insuficiencia de masa activa podía no aparecer en el momento de declarar el concurso, pero sí durante la tramitación del mismo, donde, salvo que un tercero prestase garantía suficiente para la continuación del

procedimiento, efectuando la precisión de que también existe insuficiencia cuando el concursado mantiene ciertos bienes, pero solo legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo costo de realización sea manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal.

La discusión existente en la LC en el sentido de que, si cabía decretar de manera simultánea la apertura y la conclusión del concurso en caso de ausencia de masa, se intentó resolver con el artículo 472 del TRLC, cuyo apartado 1 disponía:

“Si el concursado fuera persona natural, el juez, en el mismo auto que acuerde la conclusión, designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden establecido en esta ley para el supuesto de insuficiencia de masa”.

Al margen de posibles críticas sobre la redacción de la norma, parecía que el legislador se decantaba así por la posibilidad de la apertura y conclusión simultáneas del concurso de persona física. Pero no dejaban de surgir interrogantes sobre la aplicación práctica de esta solución¹.

Pero en realidad el punto de partida de la institución del concurso sin masa, lo encontramos en uno de los tres pilares en los que se sustenta la directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, concretamente en el pilar que consiste en aumentar la eficiencia de los procedimientos de insolvencias, si bien es cierto que solo se menciona en la última línea del primer considerando², y en los artículos 25 a 28 incardinados en el título IV³.

El punto de llegada lo constituye la trasposición de la directiva mediante dos leyes, a saber:

- 1^a) mediante la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) sobre nuevas competencias de los juzgados de lo Mercantil por la Ley 7/2022, de 27 de julio;
- 2^a) y la reforma del TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, para trasponer la directiva (UE) 2019/1023, y en la que se acomete una profunda reforma de nuestro derecho de la insolvencia.

¹ Algunos de ellos se formulaban en GARCIA-VILARRUBIA (2021).

² Cuando establece: “El objetivo de la presente Directiva es [...] que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración”.

³ Que hacen referencia a la especialización judicial a los fines de una tramitación rápida de los procedimientos; a la garantía de formación e intercambio de buenas prácticas de los administradores concursales, su supervisión y remuneración; y a la utilización de medios electrónicos de comunicación.

Aunque no se trata de ningún procedimiento concursal asimilable al que todos conocemos –pues puede finalizar sin tan siquiera aperturar ninguna sección–, se impone frente a todos por su carácter transversal; incluyendo a nuestro entender, el procedimiento especial de microempresas – como más adelante desarrollaremos–, puesto que el artículo 689 del TRLC indica que se aplicará de forma supletoria al procedimiento especial para microempresas lo establecido en los libros I y II con las adaptaciones que fuesen necesarias.

REGULACIÓN ACTUAL

La reforma operada por la Ley 16/2022 parte de una sistemática distinta, cambiando el paradigma y separando el concurso sin masa⁴ de la causa de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa⁵, todo ello con una deficiente técnica legislativa.

1. Definición

Se regula de forma radicalmente novedosa la situación surgida cuando el deudor concursado carece de bienes, o cuando los bienes existentes son notoriamente insuficientes para justificar la apertura del proceso de insolvencia. La definición de lo que debe entender por concurso sin masa, viene regulada en el artículo 37 *bis*, considerando que existe concurso sin masa cuando concurren cuatro supuestos *por este orden*.

- a) Cuando *el concursado* carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables.
- b) Cuando el costo de realización de los bienes y derechos del concursado fuera manifiestamente desproporcionado respecto al previsible valor venal.
- c) En el caso de que los bienes y derechos del concursado libres de cargas fueran de valor inferior al previsible coste del procedimiento.
- d) Y en el supuesto de que los gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos.

La torpeza legislativa empleada por el legislador español nos obliga a reflexionar sobre una serie de cuestiones que el precepto no deja claros.

⁴ Ubicado en el libro primero, libro I, título I, sección 4ª del capítulo V (artículos 37 bis a 37 quinquies del TRLC).

⁵ Ubicado en el libro primero, título XI, sección 1ª del capítulo I (artículos 465 y 473 al 476 del TRLC).

En primer lugar, en cuanto a los supuestos que enumera, por la forma plural “cuando concurren los supuestos siguientes” que emplea el precepto, parece darse a entender que han de concurrir todos y cada uno de los supuestos, pero esta pretensión de jerarquía resulta absolutamente vana, ya que, en el artículo siguiente, el propio legislador se desmiente y aclara que para declarar el concurso basta con que el deudor se encuentre en cualquiera de las situaciones a que se refiere el artículo anterior. Por lo tanto, las cuatro expresiones de insuficiencia no operan entre sí con ningún régimen de prioridad, son autosuficientes y basta con que se de cualquiera de las cuatro hipótesis para justificar la aplicación de este régimen especial.

A este respecto, tras constatar Alfonso Muñoz⁶ que el legislador lo que ha realizado es condensar en cuatro supuestos las experiencias extraídas de miles de autos de declaración-conclusión de concursos, se pregunta si los supuestos de insuficiencia de masa son “suficientes”, considerando que alguno queda fuera de ese ámbito, debiendo haberse incluido la situación creada cuando todo o la mayor parte del patrimonio del deudor se integra por bienes no necesarios y ha sido embargado por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) o por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) antes del concurso, quienes pueden seguir las ejecuciones separadas por sus propios fueros.

En segundo lugar, la regulación no distingue si el deudor es persona física o jurídica ni, en el primer caso, si se dedica o no a una actividad empresarial o profesional, lo que nos genera otra duda.

El Texto Refundido reserva para las microempresas un procedimiento de carácter único, exclusivo y obligatorio para todos los deudores que reúnan las características indicadas⁷. Su regulación es distinta a la contenida en el libro I, pues en el caso de las microempresas no existe un “concurso de acreedores” sino un “procedimiento especial” que se refiere a todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor, afecta a todos sus acreedores y tiene diferentes itinerarios también completos (procedimiento de continuación o procedimiento de liquidación con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento).

Teniendo en cuenta que a los microempresarios les está vedado acudir a las reglas del libro I, previstas para los concursos de acreedores, y que en el libro III

⁶ MUÑOZ (2022).

⁷ En este sentido indicar que el concepto de microempresa lo introduce la Ley 16/2022, dando nueva redacción al artículo 685 del TRLC, según el cual el procedimiento especial de microempresa es aplicable tanto si se trata de deudor persona natural como persona jurídica, siempre y cuando reúna dos condiciones: haber empleado durante el año anterior a la solicitud del concurso una media de menos de diez trabajadores, y tener un volumen de negocio anual inferior a 700 000 € o un pasivo inferior a 300 000 € según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud de concurso.

no existe ni una sola referencia a “concurso sin masa”, ya que solo se contempla de forma expresa la insuficiencia de masa como causa de conclusión del concurso⁸. Entonces, cabe preguntarse si en los casos de procedimiento especial para microempresas, ¿cabe la declaración de concurso sin masa?

Si la respuesta es negativa, quedan fuera de acudir a las normas del libro I a muchísimos pequeños empresarios que se encuentran en los supuestos contemplados en el artículo 37 *bis* del TRLC, y que generalmente suelen ser los más frecuentes. De esa forma, la posibilidad de declaración de concurso sin masa se vería limitada a los casos de persona física no empresario y a los de deudor empresario (sea persona natural o jurídica) que no entre en la definición de microempresa del artículo 685 del TRLC.

Si acudimos a la pura técnica de interpretación normativa se ha de concluir que en este tipo de procedimientos no cabe la declaración de concurso sin masa porque así lo ha querido el legislador al establecer su diseño. Para las microempresas solo se contempla la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa para satisfacer créditos contra la masa, pero no la declaración de concurso sin masa⁹.

Frente a dicha opinión, existe una segunda corriente judicial y doctrinal, considerando que lo dispuesto en los artículos 37 *bis* a 37 *quinquies* del TRLC, puede ser aplicado de forma supletoria al procedimiento especial de microempresas, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 689.1 del TRLC según el cual:

“Se aplicará supletoriamente al procedimiento especial para microempresas lo establecido en los libros primero y segundo, con las adaptaciones que resulten precisas para acomodar los principios que presiden este procedimiento especial y las reglas que integran este libro tercero”.

Como hemos adelantado, nos inclinamos por esta posición. Consideramos que esta regulación se acomoda a los principios que presiden dicho proce-

⁸ Así, el artículo 720.1. 3.º del TRLC indica que la conclusión del procedimiento especial procederá: “cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer créditos contra la masa. Si los bienes de un deudor no se hubieran liquidado íntegramente, se mantendrá en la plataforma, que continuará realizando pagos periódicos a los acreedores a medida que se vayan produciendo las ventas de los activos, de acuerdo con las reglas generales del libro primero y conforme a la lista final de créditos insatisfechos aportada a la plataforma por el deudor o por el administrador concursal en el momento de conclusión del procedimiento especial de liquidación. Los gastos necesarios para la conservación de estos bienes se satisfarán también con cargo al producto obtenido de la venta de activos”.

⁹ Debiendo advertir, además, que hay además determinadas características del procedimiento especial que hacen difícil compatibilizar las previsiones de los artículos 37 *bis* a 37 *quinquies* del TRLC con la regulación de ese procedimiento especial.

dimiento especial y a las reglas que lo integran, tal como exige el artículo 689.1 de la referida norma. En este sentido, aunque en el procedimiento especial de microempresas no siempre interviene la figura del administrador concursal, dicha figura sí es necesaria, por ejemplo, en los casos en que deba ejercitarse una acción de reintegración o rescisión, o en los casos en los que se pretenda solicitar una culpabilidad (artículos 695 y 717 del TRLC). Y en la realidad procesal actual de España, se están presentando y tramitando miles de concursos sin masa que se tramitan conforme a las reglas del libro I.

2. Especialidades del concurso sin masa

De las especialidades del concurso sin masa se ocupa el artículo 37 *ter*, otorgando un especial protagonismo al deudor sobre quien descansa su actividad, así como en la de ciertos acreedores cualificados.

En el sistema ideado, el deudor, en su solicitud de concurso, es quien advierte al juez de la concurrencia de la hipótesis de insuficiencia, activándose así el procedimiento especial. El apartado 1 del precepto dispone:

“Si de la solicitud de declaración de concurso y de los documentos que la acompañen resultare que el deudor se encuentra en cualquiera de las situaciones a que se refiere el artículo anterior, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores, con expresión del pasivo que resulte de la documentación, sin más pronunciamientos, ordenando la remisión telemática al ‘Boletín Oficial del Estado’ para su publicación en el suplemento del tablón edictal judicial único y la publicación en el Registro público concursal”.

La tramitación comienza con la solicitud del deudor quien deberá justificar que se encuentra en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 37 *bis* del TRLC. En la práctica, resulta habitual que el juzgado tome como buena la solicitud (salvo que de la documentación manifiestamente resultare otra cosa) dictando auto declarando el concurso de acreedores, *sin más pronunciamientos* salvo la constatación de la cifra del pasivo y el llamamiento a los acreedores que figuren en el listado presentado por el deudor y que titulen créditos que representen, al menos, el 5 % de su importe.

Nos preguntamos si la manifestación de la insuficiencia de masa debe recibir el tratamiento de una confesión del deudor, o si el juez está facultado para realizar una investigación patrimonial a través de los registros públicos. En nuestra opinión tal facultad le está vedada, pero la cuestión no resulta pacífica, puesto que hay quienes¹⁰ consideran que en cualquier caso y con carácter previo a

¹⁰ Acuerdo del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla y los criterios sobre concursos sin masa de la jurisdicción mercantil de Andalucía.

la declaración de concurso habrá de acordarse la averiguación patrimonial de bienes del deudor a través del punto neutro judicial¹¹.

Los pronunciamientos que no se harán son los que con carácter general han de integrar el contenido del auto de declaración del concurso según la regulación de la sección 1ª del capítulo V del libro I del TRLC¹², lo que no significa que no se esté ante una declaración de concurso propiamente dicha, con todas las consecuencias y efectos que le son inherentes.

A partir de la declaración de concurso, el protagonismo se traslada a los acreedores, puesto que el auto de declaración se realiza con llamamiento al acreedor o a los acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo a fin de que, en el plazo de quince días a contar del siguiente a la publicación del edicto, puedan solicitar el nombramiento de un administrador concursal para que presente informe razonado y documentado sobre los siguientes extremos:

- a) Si existen indicios suficientes de que el deudor hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles conforme con lo establecido en esta ley.
- b) Si existen indicios suficientes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de dere-

¹¹ El Punto Neutro Judicial (PNJ) es una red de servicios digitales que facilita a los órganos judiciales el acceso a información y bases de datos de diversas instituciones para agilizar la tramitación de asuntos judiciales. Se trata de una plataforma que permite a los jueces acceder directamente a aplicaciones y bases de datos de instituciones como la Agencia Tributaria, el Registro de la Propiedad, etc., sin tener que solicitar la información por separado.

¹² A estos efectos queremos indicar que el artículo 28 del TRLC dispone: “1. En todo caso, el auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos 1.º El carácter voluntario o necesario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha presentado propuesta de convenio, ha solicitado la liquidación de la masa activa o ha presentado una oferta vinculante de adquisición de unidad o unidades productivas. 2.º Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de la masa activa. 3.º El nombramiento de la administración concursal, con expresión de las facultades del administrador o de los administradores concursales nombrados. 4.º El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación de la declaración de concurso en el ‘Boletín Oficial del Estado’. 5.º La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso”. 2. En caso de concurso necesario, el auto deberá contener, además, el requerimiento al concursado para que, en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la declaración de concurso, presente los mismos documentos que el deudor debe acompañar a la solicitud de concurso. 3. En el auto de declaración de concurso, el juez podrá acordar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración de la masa activa hasta que el administrador o los administradores concursales acepten el cargo. 4. En caso de que el deudor fuera empleador, el auto de declaración de concurso se notificará a la representación legal de las personas trabajadoras aún en los supuestos en los que no se hubiese personado o no hubiera comparecido como parte en el procedimiento”.

cho o de hecho, de la persona jurídica concursada, o contra la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados.

- c) Si existen indicios suficientes de que el concurso pudiera ser calificado de culpable.

La redacción del precepto suscita varias cuestiones que resulta necesario despejar.

La primera de ellas consiste en averiguar si el 5 % de todo el pasivo que debe concurrir para que pueda solicitarse un administrador concursal ha de ser de todo el pasivo (incluido acreedores privilegiados y subordinados) o solo los acreedores ordinarios. La doctrina es pacífica al afirmar que el 5 % ha de ser del todo el pasivo que aparece en la lista de acreedores que debe presentar el deudor, puesto que la lista inicial de acreedores no detalla la calificación que a cada uno deba darse, puesto que dicha tarea corresponde al administrador concursal.

No regula el precepto el hecho de que algún acreedor discrepe de la cifra de pasivo incluida en la solicitud de concurso del deudor. Ni tampoco si el acreedor o acreedores que formulan la solicitud manifiestan ser titulares de créditos por un importe que no coincide con el declarado por el deudor. Ambas cuestiones resultan relevantes para determinar si se alcanza o no el indicado 5 % establecido en la ley.

En estos casos coincidimos con Manuel García-Villarubia¹³ cuando afirma que una alternativa es entender que se ha de estar a los datos contenidos en la solicitud de concurso, tanto en cuanto al pasivo total como en cuanto al importe concreto del acreedor o acreedores solicitantes. Puede ser la solución más práctica, pero no parece satisfactoria. Si el acreedor o acreedores solicitantes aportan información y documentación de la que resulten importes diferentes, el juez de lo mercantil puede (y creemos que debe) valorar todo el material de que disponga y decidir sobre la realidad. Siempre quedará, es cierto, la posibilidad de calificación de culpabilidad del concurso por inexactitud grave o falsedad en la documentación acompañada a la solicitud de concurso¹⁴. Pero, claro, si no se llega a nombrar un administrador concursal, la cuestión no se podrá resolver,

¹³ GARCÍA-VILLARUBIA (2022).

¹⁴ Supuesto especial de calificación de culpabilidad en todo caso del artículo 443.1.º del TRLC y comportamiento que, por cierto, está especialmente penalizado en el procedimiento especial para microempresas (artículos 688, 716 y 717 del TRLC).

porque no habrá sección de calificación. Se trata de un verdadero callejón sin salida si no se admite la solución propuesta¹⁵.

La *segunda* consiste en averiguar si el *quorum* legitimador para solicitar la designación de un administrador concursal lo debe titular un solo acreedor o varios en conjunto. A este respecto parece evidente que distintos acreedores puedan agruparse para alcanzar el umbral mínimo del cinco por ciento, ya que se utiliza tanto el singular como el plural –acreedor o acreedores–¹⁶. No parece que pueda discutirse esta legitimación conjunta máxime cuando, en este caso, las voluntades de los diferentes acreedores necesarios para alcanzar el *quorum* concurren en una misma finalidad, cual es el nombramiento de un administrador concursal.

Además, dado que la finalidad de esta nueva regulación es evitar que el deudor deshonesto pueda pedir la apertura y la conclusión, sin que se realice ningún tipo de verificación parece razonable que no se haga una interpretación restrictiva para alcanzar el porcentaje del pasivo necesario.

La *tercera*, se refiere al cómputo del plazo de quince días, ya que puede ocurrir que la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* y en el Registro Público Concursal no sean coincidentes. A este respecto resulta unánime la opinión de que el plazo debe contarse desde la última de las publicaciones, pues, en caso contrario, carecería de sentido realizar una segunda publicidad.

Tampoco señala el precepto si se trata de días naturales o hábiles, siendo también unánime la opinión de que los días son hábiles por la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil que realiza el artículo 521 del TRLC¹⁷.

En el siguiente apartado nos ocuparemos de cuál es el *iter* en el caso de que se formule el nombramiento de administrador concursal, pero para mantener un orden lógico debemos señalar que en su apartado 2, el artículo 37 ter del TRLC indica:

“En el caso de que, dentro de plazo, ningún legitimado hubiera formulado esa solicitud, el deudor que fuera persona natural podrá presentar solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho”.

¹⁵ Así lo entienden también los jueces de lo Mercantil de Andalucía, puesto que en el apartado 2 de los Criterios sobre Concursos sin Masa de la Jurisdicción Mercantil de Andalucía se indica que el juez ha de decidir a la vista de la información y documentación contenida en la solicitud de concurso del deudor y en la petición de nombramiento de administrador concursal por los acreedores, sin que proceda un trámite adicional de contradicción en caso de discrepancia entre deudor y acreedores.

¹⁶ Tanto en el artículo 37 ter como en el artículo 37 *quater*.

¹⁷ A este respecto hay que señalar que el artículo 133 de la Ley de Enjuiciamiento Civil indica: “1. Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo, y se contará en ellos el día del vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas [...] 2. En el cómputo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles”.

No es objeto del presente trabajo analizar la regulación española de la exoneración del pasivo insatisfecho, pero brevemente mencionar que en el caso que nos ocupa, el deudor podrá solicitar tal exoneración solo en el caso de que sea deudor de buena fe. Sin embargo, hemos de señalar que el artículo 487 del TRLC señala una serie de excepciones a la obtención de la exoneración, y que, en esencia son:

- a) Cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, el deudor hubiera sido condenado en sentencia firme a penas privativas de libertad, aun suspendidas o sustituidas, por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico o hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o cuando en el mismo plazo se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad.
- b) Cuando el concurso haya sido declarado culpable.
- c) Cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, haya sido declarado persona afectada en la sentencia de calificación del concurso de un tercero calificado como culpable, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad.
- d) Cuando haya incumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal.
- e) Cuando haya proporcionado información falsa o engañosa o se haya comportado de forma temeraria o negligente al tiempo de contraer endeudamiento o de evacuar sus obligaciones, incluso, sin que ello haya merecido sentencia de calificación del concurso como culpable.

Expuesto lo anterior, nos llama la atención el hecho de que el segundo apartado del precepto distingue entre persona natural y jurídica, indicando solo el alcance y efectos que tiene frente al deudor persona natural, omitiendo cualquier referencia a los efectos que tiene frente a la persona jurídica. Para averiguar lo que puede parecer una omisión debemos acudir al artículo 465.7.º del TRLC según el cual procede la conclusión del concurso con el archivo de las actuaciones:

“cuando en cualquier estado del procedimiento se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, y concurren las demás condiciones establecidas en esta ley”.

Tanto para la persona natural como para la jurídica, el concurso se concluye y archiva, lo que tiene los siguientes efectos: para la persona natural, el deudor quedará responsable del pago de los créditos insatisfechos, salvo que obtenga el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, y los acreedores

podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso¹⁸. Y para la persona jurídica el juez ordenará el cierre provisional de la hoja abierta a esa persona jurídica en el registro público en el que figure inscrita¹⁹; y transcurrido un año a contar desde que se hubiera ordenado por el juez el cierre de la hoja registral sin que se haya producido la reapertura del concurso, el registrador procederá a la cancelación de la inscripción de la persona jurídica, con cierre definitivo de la hoja.

3. *Nombramiento de administrador concursal*

En el caso de que, dentro de plazo, acreedor o acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo formularan solicitud de nombramiento de administrador concursal para que emita el informe al que nos hemos referido, el artículo 37 *quater* del TRLC indica: “el juez, mediante auto, procederá al nombramiento para que, en el plazo de un mes a contar desde la aceptación, emita el informe solicitado”.

Consideramos que el plazo de un mes puede resultar insuficiente para examinar toda la documentación y emitir un informe relativo a temas que pueden ser complicados. Analizar los posibles actos rescindibles que se hayan realizado en perjuicio de la masa activa²⁰; el posible ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores de la sociedad²¹ y los posibles indicios de que el concurso pueda declararse culpable²², no resulta tarea fácil.

¹⁸ Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia firme de condena.

¹⁹ En cuanto esta resolución devenga firme, el letrado de la Administración de Justicia expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución, con expresión de la firmeza, que remitirá por medios electrónicos al registro correspondiente.

²⁰ Que son aquellos realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, aunque no hubiese existido intención fraudulenta. Y los realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores o la intención de iniciarlas, para alcanzar un plan de reestructuración, siempre que no se hubiera aprobado un plan de reestructuración o que, aun aprobado, no hubiera sido homologado por el juez o que el concurso se declare dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de esa comunicación o de la prórroga que hubiera sido concedida (artículo 226 del TRLC).

²¹ Cuyos presupuestos y extensión subjetiva se encuentran previstos en el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital.

²² El artículo 442 del TRLC establece: “El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos

El apartado 1 del artículo 37 *quater* del TRLC finaliza añadiendo:

“En el mismo auto fijará la retribución del administrador por la emisión del informe encomendado, cuya satisfacción corresponderá al acreedor o acreedores que lo hubieran solicitado”,

lo que genera no pocas dudas.

Nos alineamos con las consideraciones realizadas por Alfonso Muñoz²³ en el sentido de que hubiese sido deseable que el legislador proveyera al juez de algún material normativo que le permita fijar la retribución con criterios objetivos, no pareciendo adecuado acudir al recurso automático del arancel vigente, y ello por varias razones:

- a) El Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales únicamente contempla la retribución por fases, pero no por funciones. Por lo tanto, aunque el deudor en su solicitud haya indicado las cifras de activo y pasivo, con esos datos no puede fijarse la retribución porque nos encontramos frente a tareas que el administrador debe realizar²⁴.
- b) Tampoco la retribución asociada a la fase de liquidación nos parece apropiada. Si efectivamente la masa puede crecer como consecuencia de la actividad que desarrolle el administrador, se debe proceder a la apertura de la liquidación (así lo indica el artículo 37 *quinquies* del TRLC) lo que no implica que el juez haya que atender exclusivamente a lo que se dispone en el artículo 9 del arancel, y ello por razones tanto temporales²⁵ como materiales²⁶.
- c) Además, la heterogeneidad de supuestos del artículo 37 *bis* del TRLC, que puede comprender desde la más absoluta carencia de bienes a activos de alto valor teórico y nulo valor venal (inmuebles hipotecados), podría arrojar un rango retributivo que vaya desde lo ridículo (no excluyendo que sea cero) hasta lo inabordable para los acreedores.

años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones”. No obstante, el artículo 443 del TRLC establece unos supuestos especiales de culpabilidad, y el artículo 444 del TRLC una serie de presunciones, a los que nos remitimos.

²³ Véase nota 7 *ut supra*.

²⁴ De las fases del concurso, la común es la más asimilable a las funciones que le exigen los artículos 37 *quater* y *quinquies*; sin embargo, el informe que se pide al administrador es limitado y no equiparable al del artículo 290 del TRLC y sucesivos.

²⁵ Porque el juez ha de fijar la retribución en el segundo de los autos, cuando la apertura de la liquidación se produce en el tercer auto condicionada al hallazgo de los indicios.

²⁶ Porque la emisión del informe no es una función propia de la liquidación. Es previa a su apertura y, en el mejor de los casos, añadida a las propiamente liquidatorias.

Los tribunales españoles no mantienen una posición unánime en este sentido, barajando diferentes fórmulas:

- i. Cuantía fija. Así lo realiza el Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla en su acuerdo n.º 1/2022 de 25 de octubre de 2022²⁷.
- ii. Cuantía por tarifa/hora, que es la que se aplica por colegios profesionales, donde se pueden encontrar escenarios variopintos, y que en, todo caso, se trata de cuantías orientativas. Así lo estima el Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia, en auto de fecha 15 de noviembre de 2022²⁸.
- iii. Cuantía indeterminada, siguiendo la previsión del artículo 249.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil considerando que se trata de un proceso de cuantía indeterminada y aplicando los criterios colegiales que para los abogados se fijan como honorarios en tales procedimientos.
- iv. Dictamen pericial. Así lo considera el Juzgado de lo Mercantil de Coruña, en su auto 4029/2023²⁹. El juzgado toma adicionalmente en

²⁷ Según la cual: “Por lo que respecta a la cuantificación, atendiendo a que, como hemos visto, el trabajo que desarrollará la administración concursal para emitir el informe forma parte de la labor que realizará en la fase común del concurso en el caso de dictarse el auto complementario, parece lógico acudir a los parámetros establecidos en el RD 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. De esta forma, atendiendo a que el informe ha de ser realizado en un mes, consideramos razonable atender al criterio establecido por el citado Real Decreto respecto de aquellas fases en las que la actuación de la administración concursal se retribuye por periodos temporales, como es el caso de la liquidación y del convenio, de manera que se concrete la retribución en el 10% de la que correspondería a la fase común. No obstante, y para evitar que la aplicación de los parámetros anteriores suponga que la administración concursal haya de realizar un informe por una cantidad irrisoria en los supuestos en los que el pasivo no sea elevado, entendemos que, en cualquier caso, la retribución de la administración concursal no podrá ser inferior a 300 euros”.

²⁸ Aplicando tal criterio al concreto supuesto, el Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia considera que el informe del artículo 37 ter supondrá, en atención a las circunstancias del caso, el empleo de diez horas de trabajo a razón de una hora al día por treinta días que tiene un mes; y que la tarifa del precio hora más ajustada sería la de 100 €/hora (IVA no incluido) en el caso de concursos cuyo pasivo sea inferior a 500 000 €, y 150 €/hora (IVA no incluido) en el caso de concursos cuyo pasivo sea superior a 500 000 €. Para ello toma en ambos casos como referencia los datos de auditores y economistas (informes del ICAC y colegiales que aportan últimos datos sobre precio medio facturado por hora por dichos profesionales) y el salario mínimo interprofesional en España (no se puede pretender que un profesional cobre por debajo del mínimo que le correspondería a cualquier trabajador por cuenta ajena). Todo ello, sin perjuicio de que la posibilidad de revisar tales criterios de retribución en el caso de concursos cuyos pasivos excedan con creces de los anteriormente indicados.

²⁹ Tal y como explica el auto, no podemos acudir a la mención del artículo 37 *quinquies* que establece: El régimen de las costas y de los gastos será el establecido en esta ley para los casos de ejercicio subsidiario de acciones por los acreedores. Dado que esta disposición solo aplica cuando, habiéndose constatado algunos de los aspectos del artículo 37 bis, ya citados, se emite del auto complementario por el juez del concurso.

consideración, el contenido del encargo y su función dictaminadora, más propia de un informe pericial. Por este motivo, se deberá acudir al artículo 342.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para fijar los honorarios, y a la jurisprudencia interpretadora de este artículo. Sin embargo, esta solución choca con el hecho de que, en este caso, son los peritos los que fijan su retribución y piden previa provisión de fondos (artículo 342.3 de la LEC), y el artículo 37 *quater* del TRLC prevé que la retribución sea fijada directamente por el juez del concurso.

- v. Aplicar arancel Real Decreto 1860/2004 para fase común, pero reduciendo en un porcentaje su cuantía al no haber trámite de informe provisional y textos definitivos.

Estimamos que no es fácil decantarse por alguna de las soluciones propuestas. Habrá que estar a cada caso concreto, pero consideramos que debe fijarse un tanto alzado teniendo en consideración el previsible trabajo a desarrollar y el volumen del pasivo, fijando una retribución mínima de 3 000 € por cada informe que se deba realizar.

Pero el precepto también deja abierta varias dudas que deben despejarse. Así, nada menciona en cuanto al momento en que debe pagarse la retribución. En este sentido nos inclinamos por aplicar de forma supletoria el real decreto de los aranceles, en el sentido de que la mitad de la cantidad fijada deba pagarse dentro de los cinco días siguientes a contar desde el día que la fije el juez, y el resto dentro de los cinco días siguientes a que se presente el informe en el juzgado.

Tampoco menciona la forma de distribución interna de la retribución entre los distintos acreedores que han solicitado el nombramiento. A este respecto consideramos que deben ser los propios acreedores los que acuerden la firma de reparto.

También queda en el aire si los acreedores tienen derecho a recuperar la cantidad pagada. A este respecto hay que tener en cuenta que el artículo 37 *quinquies in fine* reduce la posibilidad de recuperación “al régimen de las costas y de los gastos será el establecido en esta ley para los casos de ejercicio subsidiario de acciones por los acreedores” por lo que debemos considerar que el importe abonado lo será a fondo perdido, puesto que el artículo 242 del TRLC tampoco contempla la posibilidad de considerarlo como crédito contra la masa.

Tampoco prevé la ley lo que sucede si la retribución acordada no es abonada. Siendo consecuente con nuestra opinión de que la mitad debe abonarse al administrador antes de iniciar su labor, consideramos que si no se le abona en el plazo fijado por el juez queda exonerado de realizar el informe y, por lo tanto, el concurso se concluye quedando el deudor persona natural en libertad para solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho.

También procederá la conclusión del concurso en el caso de que el informe del administrador es negativo.

4. *Auto complementario de la declaración del concurso*

El artículo 37 *quinquies* dispone:

“Si en el informe el administrador concursal apreciara la existencia de los indicios a que se refiere el artículo 37 *ter*, el juez dictará auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación de la masa activa, continuando el procedimiento conforme a lo establecido en esta ley”.

En este caso, el administrador concursal deberá ejercitar las acciones rescisorias y las acciones sociales de responsabilidad antes de que transcurran dos meses a contar desde la presentación del informe. Para el caso de que no lo hiciera, quedan legitimados el acreedor o acreedores que lo hubieran solicitado para ejercerlas dentro de los dos meses siguientes.

El auto complementario deberá tener los pronunciamientos indicados en el artículo 28 del TRLC que han sido transcritos en la nota 14, abriéndose directamente la fase de liquidación, con los efectos previstos en los artículos 411 a 414 del TRLC y tramitándose por la regla general prevista en el artículo 421 del TRLC³⁰ salvo que el administrador concursal solicite –y el juez lo acuerde– unas reglas especiales de liquidación³¹.

CONCLUSIONES

Debemos partir nuestras conclusiones afirmando que el concurso sin masa para personas físicas constituye una valiosa herramienta que les permite cancelar sus deudas y empezar de nuevo, libres de cargas económicas que les impidan reconstruir sus vidas.

Sin embargo, la realidad demuestra que la actual y muy criticable regulación en el derecho español se ha convertido en un terreno abonado para el abuso, por la falta de controles rigurosos que han convertido el concurso sin masa en una vía rápida para la cancelación de las deudas.

La regulación es deficiente, ya que el actor principal es el deudor quien aporta una documentación difícilmente contrastable, pues resulta imposible que un acreedor conozca a ciencia cierta cuáles son los activos y pasivos reales. No es su-

³⁰ Consistente en que el administrador concursal realizará los bienes y derechos de la masa activa del modo más conveniente para el interés del concurso, sin más limitaciones que las establecidas en los artículos siguientes y en el capítulo III del título IV del libro primero.

³¹ Previstas en el artículo 415 del TRLC.

ficiente con la existencia de un índice de propiedades inmobiliarias registradas en toda España, ni de registro de los bienes vendidos a plazos, ni de un registro de matrículas de vehículos, todos ellos de consulta abierta, porque no todos los activos de una persona o de una empresa figuran en los mencionados registros. Piénsese en contratos de cuentas en participación, o contratos privados –tanto de compra como de venta–, o en valoración de marcas y patentes, y así hasta un largo etcétera.

Más difícil, si cabe, resulta conocer las deudas reales de una persona natural o de una sociedad. Las cuentas anuales de un ejercicio se presentan en el Registro Mercantil seis meses después del cierre del indicado ejercicio, plazo en el que la situación financiera ha podido dar un vuelco importante.

A los acreedores les está vetada la posibilidad de solicitar un contraste o una comprobación de los datos aportados por el deudor en su solicitud. Hay que creerlos como dogma de fe, lo que ya puede suponer ocultación de datos o manipulación de los datos aportados, con la finalidad de que se imposibilite el nombramiento de un administrador concursal.

El hecho de que los acreedores puedan nombrar administrador concursal con la única finalidad de que presente un informe razonado y documentado sobre los tres extremos que indica el artículo 37 *ter* del TRLC, supone una traba importante, máxime cuando al administrador lo tienen que pagar a fondo perdido los acreedores solicitantes. Por el contrario, si el informe es positivo, el incremento de la masa activa se realiza en beneficio de la totalidad de acreedores, sin que los que lo han promovido obtengan una ventaja sobre los demás. En el tiempo que lleva de aplicación la ley, son muy pocos los acreedores que han usado este derecho, por la dificultad de poder “intuir” alguna de las conductas previstas en el artículo 37 *ter* del TRLC.

A lo indicado se añaden otras complejidades, como el brevísimo plazo, para que el administrador concursal pueda realizar y documentar su informe, que, como hemos señalado, puede resultar complejo.

Todas estas cuestiones han elevado a procedimiento estrella el previsto para los concursos sin masa. Según la estadística de procedimientos concursales emitida por el Colegio de Registradores Mercantiles³² en el cuarto trimestre de 2024 (último disponible), los concursos de acreedores sin masa supusieron el 83,7 % del total de los 13 369 tramitados en toda España. Coincidimos con Álvaro Sendra Albiñana³³ cuando afirma que no parece descabellado afirmar que en la búsqueda del equilibrio que se pretende en toda legislación concursal entre la obtención de la eficacia del procedimiento y la seguridad jurídica (en relación

³² Disponible en www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral/estadisticas-concursales

³³ SENDRA (2025).

este último principio con la lucha contra situaciones fraudulentas), el ordenamiento jurídico de nuestro país ha optado, indubitadamente por la primera, obviando la búsqueda –siquiera de forma tácita– del necesario equilibrio que debe pretenderse respecto de cualquier regulación, no solo en orden a permitir la obtención de la finalidad que le es propia, sino, también, en orden a evitar disfunciones derivadas de la aplicación errática de la institución de que se trate.

A mayor abundamiento, en relación con la institución que nos ocupa, no cabe olvidar que el concurso sin masa supone obviar la obtención de aquellas finalidades establecidas en toda legislación concursal, esto es, la satisfacción de los derechos de los acreedores, o el mantenimiento del tejido productivo a fin de continuar con la generación de riqueza y el mantenimiento de puestos de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA VILLARUBIA, Manuel (2021): “Dos cuestiones sobre el concurso de personas físicas: el ‘archivo exprés’ en el concurso de persona física y la extensión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil* n.º 96.

GARCIA-VILLARUBIA, Manuel (2022): “Incertidumbres del nuevo concurso sin masa, tras la Ley 16/2022”. *Boletín Mercantil Uria* n.º 113. Disponible en www.uria.com/es/publicaciones/8242-incertidumbres-del-nuevo-concurso-sin-masa-tras-la-ley-162022 [fecha de consulta: 17 de marzo de 2025].

MUÑOZ PAREDES, Alfonso (2022): “El concurso sin masa: sunt lacrimae rerum”. *DiarioLa Ley*. Disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/11/08/el-concurso-sin-masa-sunt-lacrimae-rerum> [fecha de consulta: 25 de marzo de 2025].

SENDRA ALBIÑANA, Álvaro (2025): “Concursos sin masa: evolución y claves prácticas”. Disponible en <https://dictumabogados.com/articulos/concursos-sin-masa-evolucion-claves-practicas/34084/#:~:text=La%20conclusi%C3%B3n%20evidencia%20el%20incremento,en%20un%2083%2C08%25> [fecha de consulta: 24 de abril de 2025].

Normas

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 10 de julio de 2003.

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 11 de octubre de 2011.

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 7 de mayo de 2020.

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 8 de enero de 2000.
- Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del derecho de sociedades (directiva sobre reestructuración e insolvencia). *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 6 de septiembre de 2022.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2 de julio de 1985.
- Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 28 de julio de 2022.
- Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 7 de septiembre de 2004.
- UNIÓN EUROPEA (2019): Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la directiva (UE) 2017/1132 (20 de junio de 2019).